

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Band 147

**Die Kompetenzordnung
der Aktiengesellschaft und
schuldrechtliche Vereinbarungen
mit Dritten**

Von

Jan L. Hoffmann Linhard



Duncker & Humblot · Berlin

JAN L. HOFFMANN LINHARD

Die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft und
schuldrechtliche Vereinbarungen mit Dritten

Abhandlungen zum Deutschen und Europäischen
Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Holger Fleischer, LL.M., Hamburg

Professor Dr. Hanno Merkt, LL.M., Freiburg

Professor Dr. Gerald Spindler, Göttingen

Band 147

Die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft und schuldrechtliche Vereinbarungen mit Dritten

Von

Jan L. Hoffmann Linhard



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2018 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 1614-7626
ISBN 978-3-428-15743-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55743-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-85743-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Wintersemester 2018/19 als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung konnten bis zum 4. Oktober 2018 berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard), danke ich für die Betreuung der Dissertation, die bei der Arbeit gewährte große Freiheit, die wertvollen und hilfreichen Hinweise und Anmerkungen sowie die zügige Korrektur meiner Arbeit. Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Univ. of Chicago), gilt besonderer Dank für die Übernahme des Zweitgutachtens.

Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M. (Univ. of Michigan), Herrn Prof. Dr. Hanno Merkt, LL.M. (Univ. of Chicago), und Herrn Prof. Dr. Gerald Spindler gebührt mein Dank für die Aufnahme meiner Arbeit in die vorliegende Schriftenreihe.

Dr. Nico Frehse danke ich für das mühevoll Korrekturlesen meiner Arbeit und die konstruktive Kritik.

Meinen Großeltern, Elke und Enno, gebührt mein ausnehmender Dank für jeden Zuspruch, jeden Rat und jede Hilfe, die sie mir seit Kindertagen zukommen lassen.

Mein ganz besonderer Dank gilt schließlich meinen Eltern, Kirsten und Pablo Hoffmann Linhard, für ihre unentwegte und bedingungslose Unterstützung während meines gesamten bisherigen Lebensweges. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Mai 2019

Jan Lars Hoffmann Linhard

Inhaltsverzeichnis

Teil 1

Einleitung	15
-------------------	----

Teil 2

Die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft	18
A. Historische Entwicklung	18
B. Allgemeines	20
I. Zuständigkeitsverteilung	20
II. Gewaltenteilung	21
C. Der Vorstand	22
I. Leitungs- und Geschäftsführungskompetenzen	22
1. Geschäftsführungskompetenz	22
2. Leitungskompetenz	22
a) Allgemeines	22
b) Leitungsbegriff	22
aa) Abgrenzung der Leitung von der Geschäftsführung	23
(1) Meinungsstand	23
(2) Stellungnahme	23
(3) Zwischenergebnis	26
bb) Inhalt der Leitung	27
(1) Organpflichten	27
(2) Unternehmerfunktion	27
c) Leitungsermessen	28
aa) Die Legalitätspflicht als das Leitungsermessen ausschließende Kriterium	30
(1) Grundlagen	30
(2) Nützliche Vertragsverletzungen als Ausnahme von der Legalitätspflicht?	31
(a) Meinungsstand	31
(b) Stellungnahme	33
(3) Zwischenfazit	36

bb) Weitere Begrenzungen des Leitungsermessens	36
cc) Die das Leitungsermessens prägenden Interessen	37
(1) Überblick	37
(2) Stellungnahme	39
(a) Der Verbandszweck als zwingendes Argument für den Interessenmonismus?	39
(b) Weitergeltung der Gemeinwohlbindung aus § 70 Abs. 1 AktG 1937 als dogmatischer Anknüpfungspunkt des Interessenpluralismus?	41
(c) Bindung an weitere Interessen durch Anknüpfung an das von der Gesellschaft getragene Unternehmen	42
(3) Zwischenergebnis	44
dd) Vorrang der Aktionärsinteressen?	44
ee) Zwischenergebnis	48
d) Unveräußerlichkeit der Leitung – Vorwegbindungsverbot?	49
aa) Meinungsstand	49
bb) Stellungnahme	51
cc) Fiduciary-out	54
II. Aktienrechtliche Neutralitätspflicht	56
1. Ausschluss durch übernahmerechtliches Verhinderungsverbot, § 33 Abs. 1 Satz 1 WpÜG?	57
a) Dogmatische Grundlagen des übernahmerechtlichen Verhinderungsverbots	57
b) Qualifikation des Regelungsgehalts des § 33 WpÜG	58
aa) Kompetenzzuweisung an die Verwaltung?	58
bb) Kompetenzzuweisung an die Hauptversammlung?	59
cc) Organpflicht des Vorstands?	60
dd) Zwischenergebnis	61
c) Ausschluss einer „aktienrechtlichen Neutralitätspflicht“ durch § 33 WpÜG?	61
aa) Im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 Satz 1 WpÜG	62
(1) Zeitlicher Anwendungsbereich des § 33 Abs. 1 Satz 1 WpÜG	62
(2) Zeitliche Expansion durch Analogie?	62
bb) Außerhalb des Anwendungsbereichs	63
2. Herleitung einer aktienrechtlichen „Neutralitätspflicht“	65
a) Aktienrechtliche „Neutralitätspflicht“ als Ausfluss der Fremdinteressenwahrung	65
b) Aktienrechtliche „Neutralitätspflicht“ als Ausfluss des § 53a AktG?	68
c) Weitere Einwände gegen das Bestehen einer aktienrechtlichen „Neutralitätspflicht“	68
3. Zwischenergebnis	69
III. Vertretungsmacht	70
1. Abweichende ausschließliche Zuständigkeiten des Aufsichtsrats	71

2. Zwingendes Recht, gute Sitten und mangelnde Gestaltungsmacht	72
3. Weitere gesetzliche Einschränkungen von § 78 AktG	72
D. Der Aufsichtsrat	73
I. Funktion und Kompetenzen des Aufsichtsrats	73
II. Mitglieder, Höchstpersönlichkeit und Unabhängigkeit	74
III. Ermessen	75
E. Die Hauptversammlung	76
I. Regelmäßig wiederkehrende Maßnahmen	77
II. Strukturmaßnahmen	77
III. Ungeschriebene Zuständigkeiten	77
IV. Verbandsouveränität und Satzungsautonomie	79
1. Allgemeines	79
2. (Bloß) gesellschaftsrechtliche oder auch schuldrechtliche Wirkung?	80
3. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Grundsatz der Satzungsautonomie ..	82
F. Kompetenzordnung, Privatautonomie und Vertragsfreiheit	82
I. Allgemeines	82
II. Die Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft als Schranke der Vertragsfreiheit?	84
III. Zwang der Kompetenzordnung	84
G. Rechtsfolgen eines Verstoßes schuldrechtlicher Vereinbarungen gegen die Kompe-	
tenzordnung	86
I. Materielle Grundlegung	86
II. Apodiktische Berufung auf § 134 BGB	87
III. Verstoß gegen Vertretungskompetenzen	88
1. Problematik	88
2. Verstoß gegen § 112 AktG	88
a) Meinungsstand	88
b) § 112 AktG als gesetzliches Verbot?	89
aa) Gesetz	89
bb) Verbotsgesetz	89
(1) Voraussetzungen	89
(2) Grenze oder Verbot?	90
(a) Abgrenzungskriterien	91
(aa) § 134 BGB als Interventionsvorbehalt	91
(bb) Gewährleistung der Widerspruchsfreiheit und Folgerichtig-	
keit des Rechts	92
(cc) § 134 BGB als Rechtsfortbildungsauftrag	92
(dd) Zwischenergebnis	93

(b) Bestehender Rechtsfortbildungsbedarf bei § 112 AktG?	93
(aa) Regelungsgehalt des § 112 AktG	93
(bb) Ausschließlich aktienrechtliche Regelung ohne Rechtsfol- gengehalt für Verstöße?	94
(cc) Mangelnder Rechtsfortbildungsbedarf wegen der Anwend- barkeit der allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über vertretungsmachtloses Handeln?	94
c) Zwischenergebnis	98
d) Folgen	99
3. § 78 AktG	99
4. Zwischenergebnis	100
IV. Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG	100
1. Meinungsstand	100
2. Stellungnahme	101
3. Rechtsfolgen eines Verstoßes	105
a) Außenverhältnis	105
b) Innenverhältnis	106
4. Zwischenergebnis	106
V. Übergriffe des Vorstands in Kompetenzen anderer Organe	106
VI. Zwischenergebnis	107

Teil 3

Schuldrechtliche Vereinbarungen im Bereich der Kompetenzordnung	108
A. Parteien	108
I. AG und ihre Organe	108
II. Weitere Personen zur Absicherung des gewünschten Erfolgs	110
B. Erscheinungsformen und Inhalte	111
I. Investorenvereinbarungen	111
1. Motive	112
2. Betroffene Sachverhalte	112
3. Rechtliche Einordnung	113
a) Gesellschaft bürgerlichen Rechts	113
b) Unternehmensvertrag	116
aa) Verdeckter Beherrschungsvertrag	117
(1) Voraussetzungen	117
(2) Keine rechtliche Durchsetzbarkeit	120
bb) Gewinnabführungsvertrag	122
cc) Zwischenergebnis	122

c) Entherrschungsvertrag	123
d) Faktischer Konzern	124
e) Sonstiger schuldrechtlicher Vertrag	125
f) Zwischenergebnis	125
4. Abschlusskompetenz	126
II. Zusammenschlussvereinbarungen (Business Combination Agreements)	127
1. Motive	127
2. Rechtliche Einordnung	128
C. Zulässigkeit bestimmter Klauseln	128
I. Vereinbarungen betreffend Personalkompetenzen	128
1. Besetzung des Vorstands	129
a) Meinungsstand	130
b) Maßstab	131
c) Besetzungsverpflichtung des Dritten	132
d) Unterlassensverpflichtung des Dritten	132
e) Einwirkungsverpflichtung des Dritten	134
f) Schuldrechtliche Vorschlags- oder Zustimmungsrechte gegenüber der AG	136
g) Verpflichtung der AG	137
h) Aufsichtsratsbeteiligung?	137
i) Zwischenergebnis	140
2. Besetzung des Aufsichtsrats	140
a) Meinungsstand	141
b) Besetzungsrecht	142
aa) Problematik	142
bb) Besetzungsrecht zugunsten des Dritten	143
(1) Handlungsverpflichtung	143
(a) Ohne Beteiligung des kompetenten Organs	143
(b) Unter Beteiligung des kompetenten Organs	144
(c) Bemühensverpflichtungen	145
(2) Unterlassensverpflichtung des Dritten	145
cc) Abreden bezüglich Beschlussvorschlägen i.R.d. Hauptversammlung ..	146
dd) Rechtsfolgen unzulässiger Abreden	146
ee) Vereinbarungen über die gerichtliche Bestellung des Aufsichtsrats ..	146
ff) Zwischenergebnis	148
II. Vereinbarungen betreffend Kapitalmaßnahmen	148
1. Reguläre Kapitalmaßnahmen	149
a) Meinungsstand	150
b) Stellungnahme	152
aa) Kein Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG	152

bb) Kein Verstoß gegen den Grundsatz der Satzungsautonomie	152
cc) Kein Verstoß gegen Verbotsgesetz	152
dd) Verstoß gegen andere zwingende gesellschaftsrechtliche Prinzipien ...	152
c) Möglichkeit zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses?	153
aa) Meinungsstand	153
bb) Stellungnahme	155
2. Genehmigtes Kapital	156
a) Meinungsstand	157
b) Stellungnahme	158
aa) Kompetenzübergreif?	158
bb) Verstoß gegen § 76 Abs. 1 AktG?	159
cc) Keine Verzerrung des Unternehmensinteresses	161
c) Zwischenergebnis	162

Teil 4

Wesentliche Thesen	163
Literaturverzeichnis	167
Stichwortverzeichnis	182

Teil 1

Einleitung

Schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen einer Aktiengesellschaft (AG) und Dritten im Zusammenhang mit geplanten Transaktionen, etwa mit Investoren, sind aus der juristischen Praxis heute nicht mehr wegzudenken. Denkbar sind hierbei Regelungen zur Vermeidung der Verwässerung des Aktienanteils oder der Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern. Solche Vereinbarungen werfen dogmatisch allerdings verschiedene, in der juristischen Diskussion bisher erst seit kurzem beleuchtete Probleme auf.

Denn obschon es in der Regel um schuldrechtliche Bindungen geht, die anerkanntermaßen eigenständig neben korporativen Bestimmungen wirksam bestehen können¹, können sie – zumindest nach vielfach geäußerter Meinung – ihrem Inhalt nach dennoch derart gegen aktienrechtlich zwingende Vorschriften verstoßen, dass sie das Schicksal der Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit ereilt.

Die Problematik zeigt sich gerade in Fällen, in denen sich eine AG, vertreten durch den Vorstand, gegenüber einem Dritten, etwa einem Bieter, verpflichtet, sich in bestimmter Weise zu verhalten, um eine Maßnahme desselben zu erleichtern, nicht zu verhindern oder nicht zu erschweren. Hier trifft das von der korporativen Ebene grundsätzlich losgelöste Schuldrecht auf die strenge Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft.

Die Wirkungen, die solche Vereinbarungen zeitigen, und die Voraussetzungen, unter denen sie wirksam sind, sind nach wie vor nicht endgültig geklärt. Probleme ergeben sich dabei teilweise bereits bei der Bestimmung der Rechtsnatur entsprechender Vereinbarungen. Misst man der Vereinbarung Wirkungen einer faktischen Leitungsunterstellung bei, ergeben sich daraus unter Anwendung der Grundsätze über den faktischen, bzw. verdeckten Beherrschungsvertrag² vor allem Fragen im Zusammenhang mit Hauptversammlungskompetenzen. Unabhängig davon können die jeweiligen Inhalte einer solchen Vereinbarung Vorstands- bzw. Aufsichtsratskompetenzen betreffen und ggf. verletzen.

¹ Vgl. nur *Pentz*, in: MüKoAktG, § 23 Rn. 187 f.; *Solveen*, in: Hölters, AktG, § 23 Rn. 41.

² Nur, soweit man die Figur des faktischen Beherrschungsvertrag überhaupt anerkennt; ablehnend bspw. *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, § 291 Rn. 14; speziell die Möglichkeit der Qualifizierung einer schuldrechtlichen Vereinbarung als faktischen Beherrschungsvertrag ablehnend *Ederle*, AG 2010, 273, 278; anerkennend z.B. OLG Schleswig, NZG 2008, 868.

Ziel der Untersuchung ist es, das dogmatische Verhältnis zwischen schuldrechtlichen Vereinbarungen der AG und ihrer gesetzlichen Kompetenzordnung darzustellen und zu überprüfen, inwiefern solche Vereinbarungen wirksam vereinbart werden bzw. bestehen können.

Anlass der Untersuchung boten die in der Literatur hinsichtlich ihrer Begründung und auch ihren Ergebnissen teils stark kritisierten Entscheidungen des LG München I³ und des OLG München⁴ in Sachen Amerigon/W.E.T. Automotive. Dort haben die Gerichte eine sog. Zusammenschlussvereinbarung (englisch *Business Combination Agreement*) als unvereinbar mit der Kompetenzordnung der Aktiengesellschaft und nichtig eingestuft.

Die grundsätzliche Thematik ist mittlerweile mehrfach monographisch bearbeitet worden. Hier sind insbesondere die Arbeiten von Steinert⁵, Heß⁶, Arens⁷, Herwig⁸, Heptner⁹ und Wiegand¹⁰ zu nennen. Sie alle befassen sich in mehr oder weniger großem Umfang und mit unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen mit dem Verhältnis zwischen aktienrechtlicher Kompetenzordnung und allgemeinem Schuldrecht.

Gegenstände der vorliegenden Untersuchung sind im Wesentlichen Investorenvereinbarungen sowie Zusammenschlussvereinbarungen. Dass die Thematik insbesondere auch aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten ungebrochen interessant ist, zeigt sich an der Häufigkeit, mit der entsprechende Investoren- oder Zusammenschlussvereinbarungen zwischen AG und Bieter oder Parteien einer Fusion abgeschlossen werden¹¹. Einschlägige Rechtsprechung findet sich bislang dennoch bloß sporadisch. Das Landgericht München I hatte bereits mehrmals Gelegenheit sich zu Zusammenschlussvereinbarungen zu äußern. Das Gericht sah in einer der zugrundeliegenden Zusammenschlussvereinbarung einen verdeckten Beherrschungsvertrag, welcher gem. § 293 Abs. 1 Satz 1 AktG der – nicht gegebenen – Zustimmung der Hauptversammlung bedürft hätte¹². Im zweiten Fall nahm es zunächst eine rechtliche Einheit gem. § 139 BGB zwischen einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag und einer Zusammenschlussvereinbarung sowie ferner einen Verstoß der Zusammenschlussvereinbarung gegen die aktienrechtliche Kompe-

³ LG München I, NZG 2012, 1152 ff.

⁴ OLG München, AG 2012, 260 ff. (erstes Freigabeverfahren) und AG 2013, 173 ff. (zweites Freigabeverfahren).

⁵ Steinert, Investorenvereinbarung.

⁶ Heß, Investorenvereinbarungen.

⁷ Arens, Einflussrechte.

⁸ Herwig, Leitungsautonomie.

⁹ Heptner, Einschränkungen.

¹⁰ Wiegand, Investorenvereinbarungen und Business Combination Agreements.

¹¹ Jüngst z. B. die Zusammenschlussvereinbarung zwischen Linde plc, Linde AG, Praxair Inc., Zamalight HoldCo LLC und Zamalight SubCo, Inc vom 01.06.2017.

¹² LG München I, ZIP 2008, 555, 559 ff.

tenzordnung an.¹³ Folge des Verstoßes sei nach dem LG München I die Nichtigkeit gem. § 134 BGB.¹⁴ Das OLG Stuttgart konkretisierte zuletzt zumindest die Voraussetzungen, unter denen von einer rechtlichen Einheit zwischen Zusammenschlussvereinbarung und einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag auszugehen ist.¹⁵ Daneben äußerten sich auch das OLG Schleswig¹⁶ sowie das LG Nürnberg-Fürth¹⁷ jeweils zu Fragen bezüglich der Beherrschung im Zusammenhang mit Zusammenschlussvereinbarungen. Das OLG Frankfurt entschied, dass der Abschluss einer Zusammenschlussvereinbarung nicht der vorherigen Zustimmung der Hauptversammlung bedürfe.¹⁸

Betrachtet man das Verhältnis zwischen aktienrechtlicher Kompetenzordnung und zuwiderlaufenden schuldrechtlichen Vereinbarungen, sind diverse Fragen noch nicht endgültig beantwortet. Es ist das Ziel der vorliegenden Arbeit, die sich nicht auf eine Fallgruppen-Besprechung verengen, sondern den gerade dem Aktienrecht innewohnenden kautelarjuristischen Innovationen Rechnung tragen möchte, die Bewertung auch zukünftiger Rechtskonstruktionen und deren Gestaltung durch rechtsdogmatische Grundlegung zu erleichtern. Im folgenden Teil werden die dogmatischen Grundlagen dargestellt und herausgearbeitet, die im dritten Teil auf ausgewählte Fallkonstellationen angewandt werden.

¹³ LG München I, NZG 2012, 1152 ff.

¹⁴ LG München I, NZG 2012, 1152, 1154.

¹⁵ OLG Stuttgart, AG 2015, 163, 164 ff.

¹⁶ OLG Schleswig, AG 2006, 120 ff.

¹⁷ LG Nürnberg-Fürth, AG 2010, 179 f.

¹⁸ OLG Frankfurt a.M., NZG 2014, 1017, 1019.